SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 15 de octubre de 2009 *

En el asunto C-196/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Italia), mediante resolución de 13 de marzo de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de mayo de 2008, en el procedimiento entre

Acoset SpA

y

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

* Lengua de procedimiento: italiano.

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG) y

Comune di Vittoria (RG),

en el que participa:

Saceccav Depurazioni Sacede SpA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), Presidente de la Sala Segunda, en funciones de Presidente de la Sala Tercera, y la Sra. P. Lindh y los Sres. A. Rosas, U. Lõhmus y A. Ó Caoimh, Jueces;

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;
Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 2 de abril de 2009;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre de Acoset SpA, por los Sres. A. Scuderi y G. Bonaventura, avvocati;

— en nombre de la Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros, por el Sr. N. Gentile, avvocato;

— en nombre de la Comune di Vittoria (RG), por los Sres. A. Bruno y C. Giurdanella, avvocati;

— en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. R. Adam, en calidad de agente, asistido por el Sr. G. Fiengo, avvocato dello Stato;

— en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. M. Dowgielewicz, en calidad de agente;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres C. Zadra y D. Kukovec, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 2 de junio de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial se refiere a la interpretación de los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE.

2 Esta petición se presentó en el contexto de un litigio entre Acoset SpA (en lo sucesivo, «Acoset»), por una parte, y la Conferenza Sindaci e Presidenza della Prov. Reg. di Ragusa (Conferencia de Alcaldes y del Presidente de la Provincia Regional de Ragusa; en lo sucesivo, «Conferenza») y otros, por otra parte, relativo a la decisión de la Conferenza de anular el procedimiento de licitación para la selección del socio privado minoritario en la sociedad de economía mixta adjudicataria directa del servicio integrado de aguas («servizo idrico integrato») en la provincia de Ragusa.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

La Directiva 2004/18

3 El artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), dispone:

«[…]

2. a) Son "contratos públicos" los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.

[…]

d) Son "contratos públicos de servicios" los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.

[…]

4. La “concesión de servicios” es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

[…]»

4 El artículo 3 de la Directiva 2004/18 establece:

«Cuando un poder adjudicador otorgue derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a una entidad distinta de dicho poder adjudicador, el acto por el que se otorgue dicho derecho impondrá a la entidad en cuestión, en los contratos de suministro que adjudique a terceros en el marco de esa actividad, la obligación de respetar el principio de no discriminación por razones de nacionalidad.»

5 El artículo 7 de dicha Directiva está redactado así:

«La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos […] cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

[…]

b) 249.000 EUR:

— respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores distintos de los contemplados en el anexo IV [“Autoridades gubernamentales centrales”];

[…]»

6 El Reglamento (CE) nº 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (DO L 333, p. 28), modificó el artículo 7, letra b), de la Directiva 2004/18, en su versión establecida por el Reglamento (CE) nº 1874/2004 de la Comisión, de 28 de octubre de 2004 (DO L 326, p. 17), sustituyendo el importe de 236.000 euros por uno de 211.000 euros para el período comprendido entre el 1 de enero de 2006 y el 1 de enero de 2007.

7 Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento (CE) nº 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DO L 317, p. 34), dicho importe pasó a ser de 206.000 euros a partir del 1 de enero de 2008.

8 El artículo 17 de la Directiva 2004/18 dispone:

«Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1.»

9 El artículo 21 de la Directiva 2004/18 está redactado así:

«La adjudicación de contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II B sólo estará sujeta al artículo 23 y al apartado 4 del artículo 35.»

10 El anexo II B, categoría 27, de dicha Directiva comprende los «otros servicios», exceptuando los contratos de trabajo y los contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de material de programación por parte de los organismos de radiodifusión y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión.

La Directiva 2004/17

11 Según el artículo 1, apartados 2 y 3, de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de

adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134, p. 1), a efectos de dicha Directiva se entenderá por:

«2. […].

b) *contratos de obras:* aquellos contratos cuyo objeto sea o bien la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo XII o de una obra, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora. Por obra se entenderá el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica;

c) *contratos de suministros:* los contratos distintos de los contemplados en la letra b) cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos.

Un contrato cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación, se considerará un contrato de suministro;

d) *contratos de servicios:* los contratos distintos de los contratos de obras o de suministros cuyo objeto sea la prestación de los servicios mencionados en el anexo XVII.

Un contrato que tenga por objeto al mismo tiempo productos y servicios en el sentido del anexo XVII de la presente Directiva se considerará un contrato de servicios cuando el valor de los servicios en cuestión sea superior al de los productos incluidos en el contrato.

Un contrato que tenga por objeto al mismo tiempo productos y servicios en el sentido del anexo XVII de la presente Directiva se considerará un contrato de servicios cuando el valor de los servicios en cuestión sea superior al de los productos incluidos en el contrato.

3. a) *concesión de obras:* un contrato que presente las mismas características que el contrato de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, bien únicamente en el derecho a explotar la obra, bien en dicho derecho acompañado de un pago;

b) *concesión de servicios:* un contrato que presente las mismas características que el contrato de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un pago.»

12 El artículo 4 de la Directiva 2004/17 establece:

«1. La presente Directiva se aplicará a las actividades siguientes:

a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable; o

b) el suministro de agua potable a dichas redes.

[…]»

13 El artículo 9, apartado 1, de la misma Directiva está redactado así:

«Un contrato destinado a la realización de varias actividades seguirá las normas aplicables a la actividad a la que esté destinado principalmente.

No obstante, la opción entre adjudicar un solo contrato o varios contratos por separado no podrá ejercerse con el objetivo de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva o, si procede, de la Directiva 2004/18/CE.»

14 El artículo 18 de la Directiva 2004/17 dispone:

«La presente Directiva no se aplicará a las concesiones de obras o de servicios que sean adjudicadas por las entidades adjudicadoras que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7, cuando estas concesiones se adjudiquen para desarrollar dichas actividades.»

Normativa nacional

15 El Decreto Legislativo nº 267, de 18 de agosto de 2000, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes relativas a la organización de los entes locales (testo unico delle

leggi sull'ordinamento degli enti locali) [suplemento ordinario de la *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (en lo sucesivo, «GURI») nº 227, de 28 de septiembre de 2000], en su versión modificada por el Decreto-ley nº 269, de 30 de septiembre de 2003, por el que se establecen medidas urgentes para favorecer el desarrollo y para corregir la situación de las cuentas públicas (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) (suplemento ordinario de la GURI nº 229, de 2 de octubre de 2003), convalidado, con ciertas modificaciones, por la Ley nº 326, de 24 de noviembre de 2003 (suplemento ordinario de la GURI nº 274, de 25 de noviembre de 2003; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº 267/2000»), dispone lo siguiente en su artículo 113, apartado 5:

«La prestación del servicio [de un servicio público local por parte de un ente territorial] se realizará de conformidad con las normas sectoriales y la normativa de la Unión Europea, mediante la adjudicación de la explotación del servicio a:

a) sociedades de capital seleccionadas mediante procedimientos de licitación pública;

b) sociedades de capital mixto, en las que se elija al socio privado a través de procedimientos de licitación pública que garanticen el cumplimento de las normas nacionales y comunitarias en materia de competencia, de conformidad con las directrices que las autoridades competentes dicten a través de medidas o circulares específicas;

c) sociedades de capital enteramente público, a condición de que el ente o los entes públicos titulares del capital social ejerzan sobre la sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y de que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes públicos que la controlan.»

El litigio principal y la cuestión prejudicial

16 El 10 de julio de 2002, la Provincia Regionale di Ragusa y ciertos ayuntamientos de la zona celebraron un convenio de cooperación para la constitución del Ambito Territoriale Ottimale idrico di Ragusa (Ámbito Territorial Óptimo de aguas de Ragusa; en lo sucesivo, «ATO»), autoridad local responsable del servicio integrado de aguas de Ragusa.

17 El 26 de marzo de 2004, la Conferenza, órgano directivo del ATO, eligió como fórmula de gestión del mencionado servicio la «sociedad de economía mixta de capital público mayoritario», contemplada en el artículo 113, apartado 5, letra b), del Decreto Legislativo nº 267/2000.

18 El 7 de junio de 2005, la Conferenza aprobó el borrador de la escritura de constitución de la futura sociedad anónima y de sus estatutos, así como el proyecto de convenio de gestión de dicho servicio, cuyo artículo 1 establece que el servicio será adjudicado directamente, en exclusiva, a la futura sociedad de economía mixta (gestora del servicio integrado de aguas).

19 A continuación, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 8 de octubre de 2005 (DO S 195) y en otros medios de comunicación se publicó un anuncio de licitación para seleccionar como accionista privado minoritario a una empresa, a la que se encomendaría la explotación del servicio integrado de aguas y la ejecución de las obras conexas a la gestión en exclusiva de dicho servicio, a saber, en particular, las obras previstas en el plan operacional trienal aprobado por la asamblea de alcaldes el 15 de diciembre de 2003.

20 El artículo 1, punto 8, del pliego de condiciones dispone que «las obras que deben realizarse son las que figuran en el plan operacional trienal, en su versión modificada o completada por la licitación, y en el proyecto de información posterior previsto en el

plan de Ámbito […]» y que «para la adjudicación de las obras que no sean ejecutadas directamente por el accionista privado, deberán seguirse los procedimientos de concurso establecidos por la ley.»

21 Tres uniones temporales de empresas, encabezadas por Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset y Aqualia SpA, respectivamente, participaron en el procedimiento de licitación. La comisión de adjudicación excluyó a Aqualia SpA y admitió a las otras dos. El responsable del procedimiento pidió a continuación a estas últimas que manifestasen si continuaban interesadas, y sólo Acoset dio una respuesta afirmativa.

22 La resolución de remisión indica igualmente que, en su sesión de 26 de febrero de 2007, la Conferenza, en vez de darse por informada de la adjudicación y proceder a constituir la sociedad mixta de gestión para poner en marcha la explotación del servicio y recibir financiación comunitaria, decidió iniciar gestiones para anular el procedimiento de selección de Acoset, temiendo que fuera contrario al Derecho comunitario. En consecuencia, la secretaría técnica operativa del ATO informó a Acoset, mediante escrito de 28 de febrero de 2007, de la apertura del procedimiento de anulación, y dicha empresa presentó sus observaciones al respecto mediante escrito de 26 de marzo de 2007.

23 El 2 de octubre de 2007, la Conferenza aprobó la anulación del procedimiento de licitación de que se trata y adoptó el consorcio como fórmula de gestión de servicio integrado de aguas de Ragusa. Mediante escrito de 9 de octubre se notificó a Acoset la anulación del procedimiento de licitación.

24 En su recurso principal contra la decisión de 2 de octubre de 2007 y contra los actos vinculados a ella, Acoset solicita que se le reconozca su derecho a una indemnización específica en forma de adjudicación del contrato y al cobro de una indemnización de un importe equivalente a los perjuicios sufridos como consecuencia de los actos impugnados. Acoset solicita igualmente, en un procedimiento de medidas cautelares, la suspensión provisional de dichos actos.

25 Según Acoset, resulta compatible con el Derecho comunitario la adjudicación directa de la gestión de servicios públicos locales a sociedades de economía mixta en las que se elija al socio privado a través de procedimientos de licitación pública que respeten las normas comunitarias en materia de competencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 113, apartado 5, letra b), del Decreto Legislativo nº 267/2000.

26 Las partes demandadas en el litigio principal consideran, en cambio, que el Derecho comunitario sólo permite la adjudicación directa y sin licitación de obras y servicios a las sociedades de capital enteramente público, que realicen lo esencial de su actividad con el ente o los entes públicos que las controlan y sobre las cuales dichos entes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. A su juicio, la participación, incluso minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que también participe la entidad adjudicadora de que se trate excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la sociedad en cuestión un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase en particular la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1).

27 El Tribunale amministrativo regionale della Sicilia estima pertinente la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la adjudicación directa del contrato de que se trata, que fue planteada por Acoset, y considera que la respuesta a esta cuestión no puede deducirse claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

28 Por consiguiente, el Tribunale amministrativo regionale della Sicilia decidió suspender el procedimiento relativo a la solicitud de suspensión de la ejecución formulada en el asunto principal y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es compatible con el Derecho comunitario, en particular con las obligaciones de transparencia y de libre competencia recogidas en los artículos 43, 49 y 86 del Tratado, un modelo de sociedad de economía mixta, creada únicamente para la prestación de un servicio público de naturaleza industrial y con objeto social exclusivo, que sea adjudicataria directa del servicio de que se trata y en la que el socio privado, de carácter "industrial" y "operativo", sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación tanto de los requisitos financieros y técnicos como de los

requisitos propiamente operativos y de gestión relativos al servicio que debe proporcionarse y a las prestaciones específicas que han de ejecutarse?»

Sobre la admisibilidad

29 El Gobierno austriaco sostiene que procede declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial, ya que la resolución de remisión no aporta suficiente información sobre el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscribe el procedimiento principal y no permite, por tanto, que el Tribunal de Justicia dé una respuesta útil a la cuestión prejudicial. Considera que falta información, en particular, sobre la naturaleza específica de la prestación o prestaciones de que se trata, sobre el contenido del anuncio de licitación y del procedimiento de adjudicación y sobre ciertos conceptos utilizados en el planteamiento de la cuestión.

30 Por lo que se refiere a la información que ha de proporcionarse al Tribunal de Justicia en el marco de una resolución de remisión, es preciso recordar que tal información no sólo sirve para que el Tribunal de Justicia pueda dar respuestas útiles, sino que también ha de ofrecer a los Gobiernos de los Estados miembros y a las demás partes interesadas la posibilidad de presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia. De una jurisprudencia reiterada se desprende que a estos efectos es necesario, por una parte, que el juez nacional defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o, al menos, explique los supuestos de hecho en los que se basan tales cuestiones. Por otra parte, la resolución de remisión debe indicar las razones concretas que han llevado al juez nacional a interrogarse sobre la interpretación del Derecho comunitario y a estimar necesario plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. En este contexto, es indispensable que el juez nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio principal (véase, entre otras, la sentencia de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartado 34).

31 La resolución de remisión del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia cumple estos requisitos.

32 En efecto, el órgano jurisdiccional nacional menciona las disposiciones nacionales aplicables y la resolución de remisión contiene una descripción de los hechos que, aunque sucinta, es suficiente para permitir que el Tribunal de Justicia se pronuncie. Dicho órgano jurisdiccional indica además las razones que le han llevado a estimar necesario plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, pues la resolución de remisión contiene una descripción detallada de los puntos de vista opuestos defendidos por las partes del litigio principal en cuanto a la interpretación de las disposiciones comunitarias objeto de la cuestión prejudicial y, según el órgano jurisdiccional remitente, la respuesta a dicha cuestión no puede deducirse claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

33 Por otra parte, la Conferenza sostiene que, como el procedimiento de selección del socio privado que se discute en el litigio principal ha sido anulado, Acoset carece de interés en ejercitar la acción a fin de obtener una respuesta a la cuestión planteada.

34 A este respecto, basta con señalar que el artículo 234 CE ha establecido una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales por medio de un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes y en el que a éstas únicamente se les permite expresarse sobre unas cuestiones cuya iniciativa recae exclusivamente en el órgano jurisdiccional nacional (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 9 de diciembre de 1965, Singer, 44/65, Rec. p. 1191).

35 Dadas estas circunstancias, procede examinar la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

Sobre la cuestión prejudicial

36 Mediante la cuestión planteada por él, el órgano jurisdiccional remitente pretende esencialmente saber si los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal– a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse.

37 Con carácter preliminar, procede señalar que la adjudicación de un servicio público local de gestión integrada de aguas, como el que se examina en el litigio principal, podría considerarse incluida, según las características específicas de la contrapartida de dicho servicio, en la definición de los «contratos públicos de servicios» o en la de la «concesión de servicios», establecidas respectivamente en el apartado 2, letra d), del artículo 1 de la Directiva 2004/18 y en el apartado 4 de dicho artículo, o incluso, en su caso, en las definiciones establecidas, respectivamente, en el apartado 2, letra d), del artículo 1 de la Directiva 2004/17 y en el apartado 3, letra b), del mismo artículo de esta última Directiva, cuyo artículo 4, apartado 1, letra a), dispone que la Directiva es aplicable a la puesta a disposición o a la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable, o al suministro de agua potable a dichas redes.

38 La cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de «contrato público de servicios» ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-6657, apartado 31).

39 La diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación del servicio (véase en particular la sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, C-206/08, Rec. p. I-8377, apartado 51). En un «contrato público de servicios» en el sentido de las Directivas 2004/18 y 2004/17, la contrapartida es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del

servicio (véase en particular la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartado 39). Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate (véanse, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, C-437/07, apartados 29 y 31, y la sentencia WAZV Gotha, antes citada, apartados 59 y 68).

40 El órgano jurisdiccional remitente se refiere a la futura sociedad de economía mixta calificándola de «concesionaria» de la gestión del servicio integrado de aguas. Consta en autos que la duración prevista de la operación es de treinta años.

41 Del mismo modo, el Gobierno italiano afirma que se trata, sin la menor duda, de la adjudicación de un servicio público mediante una concesión de treinta años, cuya principal contrapartida consiste en la posibilidad de exigir a los usuarios el pago de la tarifa del agua, que el procedimiento de licitación menciona en concepto de compensación del servicio prestado.

42 Así pues, el Tribunal de Justicia parte del supuesto de que se trata de una concesión.

43 El Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de una concesión de servicios en casos en los que la remuneración del prestador del servicio provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un aparcamiento público, de un servicio de transporte público y de una red de teledistribución (véanse las sentencias Parking Brixen, antes citada, apartado 40; de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 16, y de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Rec. p. I-8457, apartado 24).

44 Según el artículo 17 de la Directiva 2004/18, dicha Directiva no es aplicable a las concesiones de servicios, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en su artículo 3. Del mismo modo, el artículo 18 de la Directiva 2004/17 impide aplicar esta última a las concesiones de servicios otorgadas por entidades adjudicadoras que ejerzan

una o varias de las actividades contempladas en sus artículos 3 a 7, cuando estas concesiones se adjudiquen para ejercer dichas actividades.

45 Por otra parte, consta que la ejecución de las obras conexas a la gestión en exclusiva del servicio integrado de aguas del que se trata en el litigio principal tiene carácter accesorio respecto del objeto principal de la concesión en cuestión, que es la prestación de dicho servicio, por lo que dicha concesión no puede calificarse de «concesión de obras públicas» (véanse en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Rec. p. I-1329, apartados 26 a 28, y el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2004/17).

46 Pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas 2004/18 y 2004/17, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 18).

47 Entre las disposiciones del Tratado específicamente aplicables a las concesiones de servicios públicos cabe destacar los artículos 43 CE y 49 CE (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 19).

48 Además del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores es también aplicable a las concesiones de servicios públicos, aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 20).

49 Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la

concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 21).

50 Además, se desprende del artículo 86 CE, apartado 1, que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE o vulnera los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 23).

51 La aplicación de las normas establecidas en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, estaría sin embargo excluida en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y dicha entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad que la controla (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 24). En tal supuesto, la licitación no es obligatoria, aunque el cocontratante sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora (véase en particular la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Sea, C-573/07, Rec. p. I-8127, apartado 36).

52 Esta jurisprudencia es pertinente para interpretar tanto las Directivas 2004/18 y 2004/17 como los artículos 43 CE y 49 CE y los principios generales de los que dichos artículos constituyen la expresión específica (véase en particular la sentencia Sea, antes citada, apartado 37).

53 La participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trate excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase en particular la sentencia Sea, antes citada, apartado 46).

54 Éste es el caso de la concesión examinada en el litigio principal, pues el socio privado debe suscribir el 49 % del capital social de la sociedad de capital mixto adjudicataria de dicha concesión.

55 Dadas estas circunstancias, es preciso determinar con más precisión si la adjudicación del servicio público de que se trata a la sociedad de economía mixta sin proceder a una licitación específica es compatible con el Derecho comunitario, desde el momento en que la licitación destinada a seleccionar al socio privado que asumirá la gestión integrada del servicio de aguas respete los artículos 43 CE y 49 CE y los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, así como la obligación de transparencia que se deriva de ellos.

56 Con arreglo a la jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 51, y sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartado 48).

57 Por otra parte, tal como se indica en el punto 2.1 de la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (DO 2008, C 91, p. 4), el hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el seno de una entidad de capital mixto no puede justificar el incumplimiento de las disposiciones sobre concesiones en la adjudicación de concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto.

58 No obstante, como el Abogado General señaló en el punto 85 de sus conclusiones, recurrir a una doble licitación casa mal con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas –como la que se discute en el litigio principal–, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio

económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos.

59 Aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los artículos 43 CE y 49 CE y con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias recordadas en los apartados 46 a 49 de la presente sentencia, desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta.

60 En la medida en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario.

61 En tal situación, si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas –como la que se examina en el litigio principal– a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado.

62 Es necesario precisar que una sociedad de capital mixto, público y privado, como la que se contempla el litigio principal, debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo

que dure la concesión, y que toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación (véase en este sentido la sentencia de 19 de junio de 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 34).

63 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal– a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones.

Costas

64 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

Los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal– a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión

relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones.

Firmas